



EXPOSE DES MOTIFS





CLAUSES CONTRACTUELLES GENERALES ET PARTICULIERES

Exposé des motifs

1. Introduction

La table ronde sectorielle "Bâtiment", instituée en 1988 par le Gouvernement en vue d'analyser les répercussions sectorielles de l'achèvement du marché unique de 1992 et d'élaborer des stratégies afin de permettre au secteur d'améliorer et d'augmenter sa compétitivité, a proposé, dans son rapport, la création d'une cellule spécifique au sein du Centre de Recherche Public-Henri Tudor dont la mission serait de concevoir et de créer un système d'information et de communication entre tous les intervenants dans l'acte de construire, c.à.d. les maîtres d'ouvrage publics et privés, les architectes, les ingénieurs-conseils et les entreprises exécutantes.

Un meilleur système de communication et d'information est en effet un moyen pour améliorer, à moyen terme, la compétitivité et pour accroître la productivité du secteur de la construction.

Ainsi, le Ministère des Travaux Publics, le Centre de Recherche Public-Henri Tudor, l'Administration des Bâtiments Publics, l'Ordre des Architectes et Ingénieurs-Conseils, l'ARBED et la Chambre des Métiers ont constitué le 30 janvier 1990 le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B).

En date du 7 mars 1990, le Conseil d'Administration du CRP-Henri Tudor a entériné la décision de la création du CRTI-B en son sein.

Les objectifs et missions primaires du CRTI-B sont:

- la création d'un cahier général et particulier normalisé incluant les clauses administratives et les clauses techniques;
- la création de bases de données décrivant de façon univoque et structurée les prestations de construction;
- dans le domaine du CAD (Computer Aided Design, dessin assisté par ordinateur), la formation sur les possibilités de transfert d'informations graphiques entre différents systèmes et la création sur demande de tels modules de transfert.



Le CRTI-B s'est attaqué en premier lieu à la normalisation des clauses administratives générales, qui, le plus souvent, constituent la base contractuelle des marchés à conclure dans le domaine des marchés publics, tant pour le compte de l'Etat que des Communes.

Le comité d'accompagnement du CRTI-B chargea son secrétariat d'élaborer et de concevoir un projet de ces clauses contractuelles générales sur base de cahiers des charges existants. Comme le document existant le plus largement diffusé est le cahier spécial des charges élaboré par l'Administration des Bâtiments Publics, c'est sur cette base que le secrétariat proposait fin de l'année 1990 un premier projet qui englobait certaines notions nouvelles, à savoir l'introduction d'une personne chargée de la direction des travaux, la fixation de critères minima de participation pour des travaux d'envergure ou encore des règles et des recommandations en matière de sécurité du travail et de protection de l'environnement.

Ce projet initial fut diffusé pour avis et commentaire non seulement aux membres associés au projet CRTI-B, mais encore aux Administrations communales de la Ville de Luxembourg et de la Ville d'Esch-sur-Alzette, à la Fédération des Artisans, à la Fédil, au Ministre de l'Intérieur, à l'Inspection du Travail et des Mines, et à la Commission des Soumissions.

Les avis recueillis de la part de ces institutions et organismes plaidant unanimement pour un allègement et une concision très poussée des textes, le comité d'accompagnement du CRTI-B décida de remanier les clauses contractuelles générales et particulières dans le sens d'un plus grand caractère économique dans le texte. Un groupe de travail ad hoc, composé de représentants du Ministère des Travaux Publics, de l'Administration des Bâtiments Publics, de la Ville de Luxembourg, de l'Ordre des Architectes et Ingénieurs-Conseils, de la Fédération des Artisans et de la Chambre des Métiers, élaborera le projet des clauses contractuelles générales et particulières présenté et commenté à la suite.

2. Conception générale du projet des clauses contractuelles générales et particulières

Le but essentiel de la normalisation du cahier des charges étant de standardiser et de simplifier l'utilisation et le maniement d'un tel document, tant pour le pouvoir adjudicateur-maître d'ouvrage que pour l'entrepreneur-soumissionnaire, et d'accroître ainsi la productivité et la compétitivité du secteur, le groupe de travail ad hoc s'est inspiré des préceptes suivants:

- caractère économique et concis
- choix résultant de la législation concernant les marchés publics
- introduction de nouvelles conceptions en matière de gestion de projets



2.1. Caractère économique et concis

Afin de garantir le plus grand caractère économique possible, tant pour le pouvoir adjudicateur que pour l'entrepreneur, l'agencement des clauses contractuelles générales est tel qu'il ne répète plus les éléments contenus dans le cahier général des charges matérialisé par les règlements grand-ducaux du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Référence à la base légale sous-jacente est faite à l'article 1 des clauses contractuelles générales.

Le chapitre 1 du projet des clauses contractuelles générales ne reprend que les éléments contractuels généraux qui ne sont pas traités par le règlement grand-ducal spécifique sur les marchés publics. Ces éléments contractuels ont essentiellement trait aux responsabilités engagées par l'entrepreneur, aux garanties à fournir par l'entrepreneur telles qu'elles résultent du droit commun.

Les clauses contractuelles générales introduisent dans le chapitre 1.4. les devoirs spéciaux à charge de l'entrepreneur qui ont trait à la mise en chantier, à la garde des travaux, au nettoyage du chantier, aux mesures d'hygiène et de sécurité et aux prescriptions concernant l'environnement et les établissements dangereux, insalubres ou incommodes et qui ont une influence sur la fixation des prix offerts par l'entrepreneur.

Ces articles définissent d'une façon générale les devoirs spéciaux de l'entrepreneur. Le pouvoir adjudicateur peut spécifier, le cas échéant, ces devoirs d'une façon plus détaillée dans les clauses contractuelles particulières.

Les mêmes remarques s'imposent pour l'article 1.5. qui fixe les conditions générales pour l'exécution du contrat. Ici encore, le pouvoir adjudicateur peut spécifier, le cas échéant, les dispositions particulières pour l'ouvrage à construire.

2.2. Choix résultant du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003

Comme le règlement ci-dessus prévoit pour certains éléments procéduraux ou d'exécution un choix à effectuer par le pouvoir adjudicateur, le groupe de travail a opté pour la centralisation de ces choix dans un chapitre spécifique.

Dans ce chapitre, le pouvoir adjudicateur peut marquer son choix en mettant une croix dans la case appropriée et en indiquant des informations supplémentaires, comme p.ex. le montant des assurances à contracter par l'entrepreneur.



Cette façon de procéder permet à l'entrepreneur de connaître rapidement, lors de la constitution de son offre, les éléments particuliers retenus par le pouvoir adjudicateur.

2.3. Introduction de nouvelles conceptions

Le projet des clauses contractuelles innova en 1991 en ce sens qu'il introduisait un certain nombre de conceptions et d'idées nouvelles dans le cadre de la passation de marchés publics et dans leur exécution. Le présent dossier de soumission permet au pouvoir adjudicateur de prévoir pour certains travaux d'envergure la fixation de conditions minima de participation.

L'introduction d'un planning contraignant des travaux et l'institution facultative d'un coordinateur dont la mission est essentiellement la surveillance du respect de ce planning par tous les intervenants sur le chantier, vont dans le sens d'une meilleure organisation, d'une meilleure exécution des travaux dans les délais prescrits et d'une meilleure gestion financière du projet à réaliser.

Ces éléments nouveaux permettent, tant au niveau du pouvoir adjudicateur qu'au niveau de l'entrepreneur une meilleure productivité, voire un accroissement de rentabilité et de compétitivité, ce qui constitue le but essentiel du CRTI-B.

3. Evolution et adaptation en 1997

Depuis leur publication en 1991, les clauses contractuelles sont appliquées systématiquement par les pouvoirs adjudicateurs publics, soit au niveau national, soit au niveau local, à la satisfaction de tous les acteurs de la construction.

A travers cette application journalière, il est apparu qu'un certain nombre d'imperfections techniques subsistaient.

3.1. Les assurances

Ainsi, suite aux négociations menées par l'Administration des Bâtiments Publics avec les assureurs, elle propose des modifications textuelles en ce qui concerne le chapitre 1.8.9.1. «Assurances responsabilité civile ». Les modifications opérées tiennent compte des propositions émanant des utilisateurs habituels de ces clauses contractuelles.



3.2. La législation

Une autre modification a trait à l'intégration des références sur la législation et la réglementation. Ces références ont été adoptées à l'état actuel des textes législatifs à respecter. Ainsi la loi du 13 mars 1993 relative à l'application des procédures de recours a été complétée par l'article 105 de la loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. En plus, les références à la législation concernant la sécurité dans les écoles et les bâtiments publics ont été intégrées, ainsi que les références aux règlements grand-ducaux relatifs au transfert national des déchets et aux déchets dangereux.

3.3. Les critères de sélection

Depuis la première utilisation des clauses contractuelles en 1991, les conditions de concurrence, induites par la réalisation du marché intérieur européen, les changements intervenus par la transposition des directives européennes sur les marchés publics rendent nécessaires une modification des clauses contractuelles dans le sens d'une meilleure application et une meilleure adaptation aux situations typiquement régionales.

Déjà dans son dernier rapport la Commission du Bâtiment relevait que « la présence importante d'entreprises étrangères pouvant prester leurs services depuis leur région d'origine et leur part dans le chiffre d'affaires total du secteur ainsi que les indicateurs telle l'évolution des prix démontrent clairement le malaise induit par des pratiques de prix à rabais qui mettent en danger le secteur indigène des entreprises par une concurrence déloyale à travers le non respect des dispositions légales et réglementaires (dumping social, dumping qualitatif, fiscalité etc.).

En effet, la concurrence effrénée par les prix, constatée depuis un certain temps, lors des soumissions publiques, conduit invariablement, du côté des entreprises, à sacrifier en priorité les investissements matériels et immatériels, tels la formation, la qualification, l'organisation, les conditions de travail voire la sécurité, pourtant sources majeures de gain de productivité et de qualité future au sein des entreprises et peuvent mettre en danger la pérennité de l'entreprise même.

Dans une telle situation, les pouvoirs publics sont exposés à un risque accru de malfaçons et de réclamations contentieuses de la part des adjudicataires aux abois. Quant aux entreprises saines, soit elles voient laminer leur marge bénéficiaire, soit elles refusent le suicide, mais sont éliminées par la logique impitoyable de l'adjudication au moins - disant et se trouvent ainsi pénalisées voire condamnées à disparaître. Certes, la Commission des Soumissions veille à éviter les abus par trop flagrants du dumping par les prix en imposant des prix minima pour travaux de régie dans certaines branches. Certes, elle impose de plus en plus des visites des lieux préalables pour éviter des prix fantaisistes pour certaines positions du bordereau de travaux, mais ces retouches ne semblent pas freiner les excès en matière de concurrence par les prix.



La réglementation actuellement en vigueur met en effet sur un pied d'égalité l'adjudication au moins - disant et l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse. Or, les pouvoirs publics luxembourgeois continuent à privilégier l'adjudication au moins - disant, méthode d'adjudication qui sacrifie la performance de l'ouvrage en termes de conception, de longévité et de coûts d'exploitation et de maintenance pendant sa durée de vie par rapport à un coût initial moins élevé, tandis que l'offre économiquement la plus avantageuse est évidemment celle qui apporte la meilleure réponse économique, au sens global du terme aux besoins exprimés par la collectivité, en ce sens qu'elle prend en compte l'effort d'innovation, la qualité, les coûts de maintenance et les capacités et performances des soumissionnaires et non seulement le prix initial le plus bas».

La Commission du Bâtiment préconisait d'ailleurs d'utiliser, plus souvent, la recherche intelligente du mieux - disant, qui offre le meilleur rapport qualité - prix que de rechercher la solution de facilité du moins - disant.

D'après le CRTI-B, qui suit en cette matière la Commission du Bâtiment, « le moyen le plus simple pour éviter les problèmes, qui, le plus souvent, peuvent survenir lors de l'adjudication au moins - disant, consiste dans l'utilisation intelligente des conditions de participation prévues par les clauses contractuelles générales élaborées par le CRTI-B et sont d'application obligatoire pour les marchés publics».

Or ces critères de participation ne donnaient peu ou pas de satisfaction parce qu'ils n'étaient pas du tout appliqués ou mal appliqués. En effet, ces critères de participation fixaient plutôt des critères de taille et de compétences techniques et permettaient ainsi aux maîtres d'ouvrage de choisir des entrepreneurs qui disposent des capacités en ressources humaines et techniques pour réaliser les travaux dans les délais et les budgets prévus. Le CRTI-B est d'avis que ces critères de participation gardent toute leur valeur, mais qu'ils devront être utilisés suivant l'objet à construire et donc sont à considérer comme faisant partie des clauses contractuelles particulières.

La version actuelle du CRTI-B vise plutôt à donner au pouvoir adjudicataire le moyen de contrôler la capacité juridique, économique et technique des soumissionnaires.

Ainsi, le CRTI-B a modifié les clauses contractuelles, en y incluant sous le chapitre « critères de sélection qualitative » la fourniture par l'entrepreneur de renseignements, documentant sa capacité juridique, sa capacité économique et sa capacité technique. Cette fourniture de renseignements se concrétisera par la production de documents officiels ou officialisés. La production de ces renseignements lors de la remise de l'offre est obligatoire.

En suivant cette voie, le CRTI-B n'a fait qu'entériner les recommandations de la Commission européenne en ce qui concerne les critères de sélection qualitative dans ses diverses directives sur les marchés publics.



En outre, l'actuel article 85 du règlement grand ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, préconise que le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur les « soumissionnaires dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus».

Tout en s'inspirant largement du système introduit par les directives européennes, le CRTI-B a ainsi prévu de demander, pour chaque soumission, la production, de la part de l'entrepreneur, des documents suivants:

- certificat d'inscription au registre professionnel dans les conditions prévues par la législation de l'Etat où il est établi;
- extrait du casier judiciaire ou, à défaut, un document équivalent, renseignant sur la probité de la personne ayant signé le dossier de soumission, délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance et ne datant pas de plus d'un an ;
- bilans et comptes pertes et profits certifiés des trois dernières années ;
- certificats délivrés par les autorités compétentes de l'Etat membre où l'entrepreneur est établi selon lesquels l'entrepreneur est en règle avec ses obligations relatives de déclaration et de paiement de cotisations de sécurité sociale et des impôts et taxes.
- liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, leurs dates, leurs montants et leurs destinataires publics ou privés ; cette liste étant accompagnée d'au moins trois certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants ;
- déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels de l'entreprise ainsi que leur qualification dans le métier concerné et le nombre de ses cadres pendant les trois dernières années.

4. Application obligatoire des clauses du CRTI-B

Au cours de l'année 2003, une nouvelle loi sur les marchés publics est entrée en vigueur. Les clauses contractuelles générales et particulières du CRTI-B ont été déclarées d'obligation générale pour les marchés publics par le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers spéciaux de charges standardisés en matière des marchés publics.